


Garantismo e processo penal: uma racionalidade contra o autoritarismo


Guarantism and Criminal Procedure: a rationality against authoritarianism

Ana Cláudia Pinho¹

Universidade Federal do Pará – Belém/Pará, Brasil

acpinho9@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/3470653249189577>

 <https://orcid.org/0000-0001-5050-2840>

RESUMO: O presente artigo pretende apresentar a teoria do Garantismo Penal, de Luigi Ferrajoli como uma ferramenta adequada para combater a “lei do mais forte”, isto é, o poder abusivo, sobretudo o poder de punir. A partir de uma racionalidade democrática, o Garantismo constrói um modelo ideal (sistema garantista) que prescreve um *dever ser* oponível aos modelos autoritários, oferecendo um caminho, caracterizado pela limitação e controle do poder. Para tanto, o artigo partirá de um recorte do termo “autoritarismo”, conforme utilizado por Luigi Ferrajoli, em seu livro *Diritto e Ragione: teoria del garantismo penale* e, na sequência, demonstrará a necessidade de aproximação dos cenários brasileiro e italiano, das décadas de 1930/1940, a fim de desvelar a influência do fascismo na construção do Código Rocco italiano (1930) e, também, no Código de Processo Penal brasileiro (1941). O texto pretende deixar clara essa relação entre ambos os cenários (italiano e brasileiro) e a Teoria do Garantismo Penal, precisamente porque referida proposta teórica formatou uma epistemologia capaz de apresentar soluções efetivas para enfrentar modelos autoritários de repressão penal.

¹ Doutora em Direito. Integrante do Programa de Pós-Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professora da Universidade Federal do Pará. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Garantismo em Movimento”. Promotora de Justiça do MPPA.

PALAVRAS-CHAVE: Garantismo; autoritarismo; fundamentos democráticos; lei do mais forte; racionalidade; limite ao poder.

ABSTRACT: *This article aims to present Luigi Ferrajoli's theory of Penal Guarantism as an appropriate tool to combat the "law of the strongest," that is, abusive power - especially the power to punish. Based on democratic rationality, Guarantism builds an ideal model (the guarantist system) that sets forth a normative framework in opposition to authoritarian models, offering a path marked by the limitation and control of power. To this end, the article begins with an analysis of the term "authoritarianism" as used by Luigi Ferrajoli in his book *Diritto e Ragione: Teoria del garantismo penale*, and subsequently demonstrates the need to draw parallels between the Brazilian and Italian contexts of the 1930s and 1940s, in order to justify the influence of fascism on the construction of the current Brazilian Code of Criminal Procedure. The text aims to clarify this relationship between the two scenarios (Italian and Brazilian) and the Theory of Penal Guarantism, precisely because this theoretical framework has developed an epistemology capable of offering effective solutions to counter authoritarian models of criminal repression.*

KEYWORDS: *Guarantism; authoritarianism; democratic principles; the law of the strongest; rationality; limit on power.*

1 - INTRODUÇÃO OU POR QUE RESISTIMOS A UMA TEORIA SOBRE FUNDAMENTOS?

Muito se fala, mas pouco se conhece do Garantismo, de Luigi Ferrajoli. As referências à teoria e, sobretudo, ao livro mais celebrado do seu autor (*Direito e Razão: teoria do garantismo penal*, entre nós publicado pela Editora RT, em 2002²) são frequentes e aparecem desde comentários

² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

totalmente descabidos em veículos de imprensa³, até votos de Ministros do Supremo Tribunal Federal⁴.

O Garantismo é, sobretudo, uma teoria de fundamentos! A falta dessa dimensão compromete, na essência, qualquer compreensão sobre o aspecto penal da teoria. E, em efeito cascata, aliando esse fator a outro não menos preocupante (nosso histórico autoritário, conforme será demonstrado na sequência), temos as deturpações.

A obra de Luigi Ferrajoli (que está longe de se esgotar em *Diritto e Ragione*) é muito densa e sofisticada. Trata-se de uma formatação preci(o)sa de uma teoria do direito e da democracia (de fundamentos, portanto), que implica uma compreensão bastante alargada de todo o sistema garantista de direitos (e bens) fundamentais. Muito embora *Diritto e Ragione* seja o livro mais referido de Luigi Ferrajoli, entre nós, não se pode tratar o Garantismo Penal como se ele não fizesse parte de um todo harmônico e criteriosamente arquitetado. Essa é uma boa razão para entender por que, vez por outra, aparecem concepções enviesadas sobre o aspecto penal do Garantismo, o que já forçou seu próprio autor

³ Um exemplo dessa utilização midiática do termo ocorreu quando o ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, afirmou que o chamado “garantismo à brasileira” poderia levar à prescrição ou à anulação de processos, comentário que ganhou ampla repercussão em jornais e portais como síntese crítica às garantias processuais previstas na teoria garantista. BARROSO critica “surto de garantismo” contra um direito penal menos seletivo. JOTA, Brasília, [s.d.]. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/ha-surto-de-garantismo-contra-direito-penal-menos-seletivo-diz-barroso>>. Acesso em: 13 dez. 2025.

⁴ Um exemplo de como o garantismo é usado em contextos midiáticos e judiciais é o voto do ministro Luiz Fux no julgamento da Ação Penal relativa aos atos de 8 de janeiro de 2023, em que ele votou para absolver o ex-presidente Jair Bolsonaro da acusação de tentativa de golpe de Estado sob alegação de insuficiência probatória e questões processuais, comentário que gerou intensa repercussão. Sobre esse voto e suas interpretações no campo teórico do garantismo, ver o artigo “Nunca foi garantismo: as incompreensões da teoria de Luigi Ferrajoli e o voto de Fux”, publicado pelo “Garantismo em Movimento” no JOTA, que problematiza equívocos interpretativos entre doutrina e prática judicial. Nunca foi garantismo: as incompreensões da teoria de Luigi Ferrajoli e o voto de Fux. JOTA, São Paulo, 11 set. 2025. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/nunca-foi-garantismo-as-incompreensoes-da-teoria-de-luigi-ferrajoli-e-o-voto-de-fux>>. Acesso em: 13 dez. 2025.

a se manifestar (em entrevistas, em palestras, em vídeos) sobre a impropriedade de algumas propostas “à brasileira”⁵.

Mas, essa tendência à deturpação e apego ao desconhecimento não ocorrem apenas no Brasil. Dario Ippolito, inicia o prólogo do seu excelente “Lo spirito del garantismo: Montesquieu e il potere di punire”, com a seguinte afirmação: “*Garantismo* é parola svilita, deturpata dall’abuso (...) Suona falsa, come la cortesia dei padroni e la riverenza dei servi. È equivalente, per chi ne diffida, di impunità e privilegio”⁶. Na sequência, Ippolito lança uma pergunta feita, durante uma entrevista, pelo escritor Tommaso Giartosio a Luigi Ferrajoli: “Perché gode di cattiva fama il garantismo?”⁷. De pronto, o jurista italiano responde: “Perché ne è stato fatto un uso del tutto deformante”⁸.

Muitas incompreensões, posições apriorísticas de rechaço e, até mesmo, ataques, chegando a ofensas pessoais a Luigi Ferrajoli, tiveram

⁵ Luigi Ferrajoli tem reiteradamente se posicionado contra o que denominou de interpretações enviesadas de sua teoria no Brasil, em especial aquelas que tentam conciliar garantismo com discursos punitivistas centrados na figura da vítima. Em entrevista à Folha de S.Paulo, o autor alertou para os riscos de confusão entre acusação e julgamento e reafirmou que tais distorções ferem os pilares do Estado de Direito (disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/07/qualquer-confusao-entre-acusacao-e-julgamento-e-prejudicial-a-imparcialidade-diz-pai-do-garantismo-penal.shtml>>). No Congresso promovido pela PUC-RS e ITEC, ao ser indagado sobre o chamado “garantismo integral”, Ferrajoli respondeu: “Creio que por trás dessa pergunta existem muitos equívocos. [...] Não se garante a vítima por meio da condenação de um bode expiatório [...]. A garantia da vítima consiste, precisamente, nas garantias da verdade processual”. No evento “35 anos de Direito e Razão”, promovido pelo grupo “Garantismo em Movimento” na Universidade Federal do Pará, o jurista voltou a criticar a tese do “garantismo integral” e a “centralidade da vítima”, considerando-a uma abordagem “antigarantista” e “legitimadora da justiça penal classista”, afirmando ainda que “a proteção da vítima por meio de uma deformação do processo é contrária, inevitavelmente, aos princípios garantistas do correto acerto processual”.

⁶ IPPOLITO, Dario. *Lo spirito del garantismo: Montesquieu e il potere di punire*. Roma: Donzelli editore, 2016. Página 3. “*Garantismo* é uma palavra degradada, deturpada pelo abuso (...). Soa falsa, como a cortesia dos senhores e a reverência dos servos. Equivale, para aqueles que desconfiam dela, à impiedade e ao privilégio”(tradução livre)

⁷ In op. cit. Página 3. “Por que o garantismo goza de péssima fama?” (tradução livre)

⁸ In op. cit. Página 4. “Porque foi utilizado de uma maneira completamente deformante” (tradução livre)

lugar nesse cenário. O uso “deformante” do termo, a que Ferrajoli se referiu, quando entrevistado por Giartosio, de fato, ocupou um espaço muito preocupante⁹. Por isso, é dever de quem estuda seriamente o Garantismo a resistência a essas posturas e a difusão comprometida e aprofundada da obra de Ferrajoli.

Em síntese, *Diritto e Ragione* é o produto de uma densa e sofisticada formatação teórica - que já vinha sendo construída desde a década de 70 e finca suas bases no positivismo analítico - na qual Ferrajoli discute os fundamentos epistemológicos, axiológicos e normativos do modelo de Direito Penal mínimo e de Processo Penal acusatório, a partir da articulação lógica entre “pena”, “delito” e “processo”, estabelecendo, com um rigor metodológico impressionante, as bases teóricas e filosóficas de seu sistema garantista, como um modelo ideal que, desde sua concepção liberal-contratualista e a partir da separação entre Direito e Moral, consistiria na *legge del più debole*¹⁰ (a vítima, no momento da ofensa provocada pelo delito; o investigado, no momento da investigação; o réu, por ocasião do processo; o condenado, a quando do cumprimento da pena).

Teriam o Direito e o Processo Penal, então, um duplo fim: evitar a violência advinda dos crimes (o que corresponderia à clássica doutrina de justificação de prevenção geral negativa) e evitar, sobretudo, a violência advinda das reações aos crimes (penas e vinganças arbitrárias). Aí estaria, grosso modo, o que Ferrajoli chamou de utilitarismo reformado: uma proposta de superação do paradigma clássico da prevenção geral negativa, focando na necessidade de o Direito Penal servir, bem mais, como instrumento de contenção da violência vinda das penas, isto é, mirando a figura das minorias (desviantes)¹¹.

⁹ Sobre o tema, conferir PINHO, Ana Cláudia Bastos de. ALBUQUERQUE, Fernando da Silva e SALES, José Edvaldo Pereira. *O garantismo (penal) de Luigi Ferrajoli: apontamentos (des)necessários a certas “críticas” Made in Brazil*. In Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Belo Horizonte, ano 17, n. 26, p 155-186. Jul/Dez, 2019.

¹⁰ Conferir FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

¹¹ “(...) il diritto penale è finalizzato a una duplice funzione preventiva, l’una e l’altra negativa: alla prevenzione generale dei delitti e alla prevenzione generale delle pene private o arbitrarie o sproporzionate. La prima funzione indica il limite minimo, la seconda il limite massimo delle pene. Dei due scopi il

Importante notar que a formatação garantista da “lei do mais fraco” é, acima de tudo, uma racionalidade: um projeto teórico de limitação, de controle, de constrangimento ao exercício do poder de punir que, na visão de Luigi Ferrajoli, sempre tende ao abuso.

Outro dado importantíssimo quando se trata de afirmar que estamos lidando com uma teoria de fundamentos: Luigi Ferrajoli não é penalista, tampouco criminólogo. É professor de filosofia do Direito¹². É um teórico do Direito de matriz positivista. Então, vem a pergunta: por que uma obra densa em matéria penal? Porque o campo penal é um campo privilegiado para que o autor demonstre, claramente, a tensão existente entre a liberdade e o poder. E, aqui, estamos no terreno dos direitos fundamentais de índole liberal, aquele núcleo rígido que herdamos da Ilustração, que diz, diretamente, com a questão dos limites ao exercício do poder. A partir desse *locus* privilegiado, Ferrajoli defende a sua hipótese de compreender o Direito como a linha demarcatória entre a civilização e a barbárie.

O signo autoritário que nos forjou e a complexidade da teoria que temos em mãos são, cada qual a seu modo, obstáculos importantes para a efetivação (sempre parcial¹³) de um sistema de garantias, nos moldes

secondo, di solito trascurato, è per il più importante: anche perché, mentre è dubbia l'idoneità del diritto penale a soddisfare efficacemente il primo - non potendosi disconoscere le complesse ragioni sociali, psicologiche e culturali dei delitti, non certo neutralizzabili con il solo timore delle pene - è invece assai più certa la sua idoneità, oltre che la sua necessità, a soddisfare il secondo, anche con pene modeste e poco più che simboliche”. FERRAJOLI, Luigi. *Il paradigma garantista: filosofia e critica del diritto penale*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2016. Página 47. Grifos nossos.

¹² Como muito bem ressaltam Ippolito, Mastromartino e Pino, o pensamento de Luigi Ferrajoli influenciou na formação de várias gerações de estudiosos de filosofia do direito, filosofia política, direito penal e direito constitucional. Prosseguem: “Pero Luigi Ferrajoli no es *solo* un filósofo del derecho (...) Ferrajoli non ha dejado nunca de alzar su voz sobre cuestiones de actualidad política, en particular cuando afectan a la tutela de los derechos fundamentales y al respeto de la igualdad de la dignidad humana, o a los fundamentos estructurales del estado constitucional”. IPPOLITO, Dario, MASTROMARTINO, Fabrizio y PINO, Giorgio. *Una filosofía del derecho para el estado constitucional*. In Para Luigi Ferrajoli. Madrid: Editorial Trotta, 2021. Páginas 9 e 10.

¹³ Digo “sempre parcial” porque o SG (sistema garantista) é um modelo-limite e, portanto, jamais totalmente realizável. Ferrajoli afirma: “*Llamo garantista,*

propostos por Ferrajoli e, conseqüentemente, nos moldes também propostos pela Constituição de 1988.

Portanto - partindo de cenários políticos ideologicamente aproximáveis, quando, nos anos de 1930 e 1940, lá e cá, nasceram os diplomas legais em matéria penal, forjados sob o signo do autoritarismo - o objetivo do artigo é apresentar a Teoria do Garantismo Penal como ferramenta privilegiada para o enfrentamento a tipos autoritários de intervenção punitiva.

O fato do sistema garantista ter sido formalmente estruturado somente em 1989, com a publicação de *Diritto e Ragione*, não compromete a hipótese aqui sustentada de que o fascismo, enquanto expressão fidedigna de um sistema autoritário, forjou um protótipo de justiça criminal cujos pressupostos são veementemente repelidos pela Teoria do Garantismo Penal. Aliás, é imperioso destacar, mesmo com a Constituição italiana de 1948, o fantasma do autoritarismo seguia rondando sobre o Direito e o Processo Penal, o que impeliu Luigi Ferrajoli a insistir, de forma bastante contundente, no sistema garantista como resposta adequada, conforme ainda será analisado neste artigo.

Dito de outra forma: a aproximação histórica entre os dois modelos legislativos (italiano e brasileiro) serve para demarcar um campo de agir autoritário no sistema de justiça criminal, cujas características - sobretudo o rebaixamento do princípio da legalidade estrita (no campo penal) e os ataques à presunção de inocência (no campo processual penal) - ora mais evidentes, ora um tanto mascaradas, vêm atravessando o tempo, a bem demonstrar a necessidade de uma teoria de fundamentos como antídoto eficiente.

2 - QUANDO FERRAJOLI SE REFERE AO AUTORITARISMO, O QUE ESTÁ QUERENDO DIZER?

O presente artigo parte da premissa de que o Garantismo é uma ferramenta teórica privilegiada para defender um modelo de Direito

cognitivo o de estricta legalidad al sistema penal SG, que incluye todos los términos de nuestra serie. Se trata de un modelo límite, sólo tendencia¹ y nunca perfectamente satisfiable. Su axiomatización resulta de la adopción de diez axiomas o principios axiológicos fundamentales no derivables entre sí, que expresaré, siguiendo una tradición escolástica” (Ferrajoli, 1995, p. 93)

e Processo Penal, a partir de uma racionalidade e de parâmetros sedimentados nos direitos fundamentais. Para tanto, parece imprescindível aproximar os cenários italiano e brasileiro, a fim de demonstrar que entre ambos os países existem algumas “coincidências” que legitimam - a sobrar argumentos - o estudo da obra de Luigi Ferrajoli.

O primeiro recorte aproximativo é de ordem política. É, de fato, viável “importar” uma teoria nascida em um país europeu, com realidade distinta da nossa, para aqui ser aplicada? Evidentemente, esse é um lugar comum, no Brasil. Afinal, somos um país jovem, herdeiro de uma tradição jurídica secular, de inclinação romano-germânica. Como estudar Direito Penal, por exemplo, sem conhecer as construções da teoria do delito, forjadas pelos alemães? Ou, como compreender o Direito Processual (Penal, inclusive), sem ir à fonte dos grandes processualistas italianos, como Carnelutti, Calamandrei, Chiovenda ou Liebman?

Em relação ao Garantismo, de Luigi Ferrajoli, importa, aqui, descortinar ambos os cenários, italiano e brasileiro, que justificam a opção pelo estudo dessa teoria.

Muito embora não sejam objetos de análise os mais variados usos, conceitos e aplicações do termo “autoritarismo”, com toda a complexidade que isso implica, é imprescindível que se faça um recorte. Por evidente, esse recorte vem diretamente condicionado pelo sentido dado a “autoritarismo” na obra de Luigi Ferrajoli. Isso, porém, não impede que se apresente, ainda que em breve panorama, algumas reflexões importantes.

Em *Autoritarismo e Processo Penal I: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*¹⁴, Ricardo Gloeckner, adverte que “o significativo autoritarismo poderá assumir diversas feições, de acordo com a sua veiculação aos regimes políticos, à personalidade autoritária ou ainda, aos sistemas ideológicos”¹⁵. Essa afirmação já nos dá uma nítida ideia da profundidade e complexidade da discussão, dialogando, a um só tempo, com a teoria política, a psicologia, a filosofia e a sociologia.

¹⁴ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal I: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*. 2a edição. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

¹⁵ In GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal I: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*. 2a edição. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. Página 87.

O autor apresenta muito bem todas essas facetas - a partir da interlocução com diversos autores (desde Schmitt a Agamben, Arendt a Adorno, passando por Rancière, Badiou, Deleuze, Zizek, dentre outros), sem negligenciar os paradigmáticos expoentes do autoritarismo nacional (como Oliveira Viana e Francisco Campos) - com o objetivo de colocar cada coisa em seu lugar, isto é, apresentar um paralelo (evidentemente, nada simples!) entre autoritarismo e totalitarismo, passando por suas relações com o fascismo e o nazismo, concluindo, *prima facie*, que é impossível fazer uma transposição direta e simplista dos conceitos alheios ao Direito para a realidade do processo penal brasileiro. Não se pode, simplesmente, tomar emprestados do mundo da política para o mundo do Direito conceitos de tamanha densidade. “Não há um autoritarismo, um fascismo. Eles são constantemente ressignificados”, diz Gloeckner¹⁶.

Em outras palavras, existe uma dinâmica difícil de ser apreendida a partir de conceitos engessados, até mesmo porque esses significantes (autoritarismo, totalitarismo, fascismo) também estão em constante tensão com outro não menos complexo: o de democracia. Existe um fascismo democrático? O autoritarismo pode ser usado para “salvar” a democracia? A democracia pode ser totalitária? Vejamos que esses aparentes paradoxos não são, de todo, distópicos. Pelo contrário. Vivemos uma quadra da história em que, por exemplo, invoca-se a “liberdade de expressão” para a prática de crimes graves (racismo, lgbtfobia), em que se enche a boca com a palavra “democracia” para golpear instituições republicanas, em que, ao fim e ao cabo, a democracia é usada como justificativa para atacar ela própria!

E aqui chegamos no que interessa mais de perto. Apontada a complexidade da discussão política que envolve todos esses significantes, o recorte vem por meio do referencial teórico deste artigo, Luigi Ferrajoli, sobretudo no uso que faz dos termos “modelos autoritários”, “tradição autoritária”, e outras derivações, no *Diritto e Ragione*.

A primeira (e particularmente importante) referência ao termo “modelos autoritários” vem logo no Capítulo 1 da primeira parte (intitulado “Cognoscitivismo ou Decisionismo”). No primeiro item desse capítulo, Ferrajoli descreve o modelo garantista, lembrando, desde as linhas iniciais,

¹⁶ *In op. cit.* Página 87.

que “o direito penal dos ordenamentos evoluídos é um produto predominantemente moderno”¹⁷, fruto das conquistas da Ilustração. Na sequência, o autor trata de precisar as características da epistemologia garantista.

No segundo item do mesmo capítulo, Ferrajoli apresenta os modelos autoritários, descrevendo as características da epistemologia inquisitiva, iniciando com o seguinte alerta:

“Se o modelo garantista de legalidade penal e processual, que até agora se descreveu sumariamente, não remonta mais que dois séculos, suas lesões e refutações, como se manifestam nas divergências entre princípios e práxis mencionadas na introdução, enlaçam com uma *tradição autoritária* muito mais antiga e nunca realmente interrompida. Esta tradição é predominantemente o fruto irrefletido e consolidado das práticas legislativas, jurisdicionais ou policiais”.¹⁸

Essa referência que Ferrajoli faz a uma “tradição autoritária”, como fruto de práticas legislativas, judiciais e policiais irrefletidas e consolidadas, vem totalmente ao encontro da premissa aqui adotada, para afirmar que o sistema de justiça criminal brasileiro é totalmente incrustado numa tradição autoritária, que nos constituiu desde o século XVII, quando aqui vigoraram as Ordenações Filipinas, que implementaram o modelo inquisitório da Coroa portuguesa.

Ferrajoli apresenta dois modelos de Direito e Processo Penal contrapostos; antípodas: um, que ele vai classificar como autoritário, fruto de uma tradição autoritária, que é o de Direito Penal Máximo/Substantialista (ao qual corresponde um modelo de Processo Penal Inquisitório/Decisionista) e outro, que ele vai classificar como garantista, fruto de

¹⁷ No original: “Il diritto penale degli ordinamenti evoluti è un prodotto prevalentemente moderno”. Tradução livre no corpo do texto. FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Ragione: teoria del garantismo penale*. Roma-Bari: Editori Laterza, 1989. p. 5.

¹⁸ No original: “Se il modello garantista di legalità penale e processuale che si è finora sommariamente descritto risale a non più di due secoli fa, le sue lesioni e le sue smentite, quali si manifestano nelle divaricazioni accennate nell’introduzione è prevalentemente il frutto irriflesso e consolidato delle prassi legislative o giurisdizionale o poliziesche”. Tradução livre no corpo do texto. FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Ragione: teoria del garantismo penale*. Roma-Bari: Editori Laterza, 1989. p. 13.

uma tradição liberal-iluminista, que é o de Direito Penal Mínimo (ao qual corresponde um modelo de Processo Penal Acusatório/Cognoscitivista)¹⁹.

A análise feita - para além da riqueza e refinamento teórico-filosóficos - é fundamental para compreender, antes de tudo, que Direito e Processo Penal caminham sempre lado a lado, integrando um todo complexo, que diz a forma por meio da qual o Estado exerce o poder de punir. Diferentemente da sistemática no campo civil, o Direito Penal não acontece senão por meio do Processo Penal e o modo de ser do Processo Penal é fruto das finalidades atribuídas ao Direito Penal e, em última análise, à própria pena. Em síntese: o perfil da intervenção punitiva (Direito e Processo Penal) nesse ou naquele sistema jurídico é, e sempre será, uma escolha política.

Sim, uma escolha política! Partindo da premissa garantista de que, do ponto de vista axiológico (legitimação externa), o Direito Penal está justificado, por meio de parâmetros extra-legais, morais, ou de justiça, bem como também o está desde o ponto de vista normativo (legitimação interna), a partir de parâmetros jurídicos ou de validade²⁰, temos, enquanto sociedade, duas opções, no que concerne ao poder de punir: *i*) podemos escolher arcar com o *custo da injustiça*, isto é, podemos assumir o ônus de que inocentes sejam condenados (ou submetidos a prisões provisórias, a medidas cautelares indevidas, etc.), mantendo a certeza de que nenhum culpado permanecerá impune (*cifras da injustiça*), ou *ii*) podemos escolher arcar com o *custo da ineficiência*, isto é, podemos pagar o preço de culpados ficarem impunes, com a certeza de que nenhum inocente será castigado injustamente (*cifras da ineficiência*)²¹.

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p. 33-89

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p. 213-217

²¹ “Al coste de la justicia, que depende de las opciones penales del legislador - las prohibiciones de los comportamientos que ha considerado delictivos, las penas e los procesos contra sus transgresores -, se añade por tanto un altísimo coste de las injusticias, que depende del funcionamiento concreto de cualquier sistema penal. Y a lo que llaman los sociólogos la “cifra negra” de la criminalidad - formada por el número de culpables que, sometidos o no a juicio, quedan impunes y/o ignorados - ha de añadirse una cifra no menos oscura pero aún más inquietante e intolerable: la formada por el número de

É essa escolha que marcará a linha divisória entre os dois modelos analisados por Luigi Ferrajoli: o substancialista de um lado (tradição autoritária); o convencionalista do outro (tradição garantista).

Não parece restar dúvida sobre a escolha política feita pela Constituição brasileira, inclusive, com norma expressa, positivando a presunção de inocência, cujo alcance está para muito além de sua mera literalidade. O constituinte de 1988 escolheu a presunção de inocência, e não a presunção de culpa. Ou seja, escolheu pagar o preço da possível ineficiência (culpados impunes) a correr o risco de pagar o preço da injustiça (inocentes punidos). É exatamente isso o que fundamenta um modelo garantista: uma escolha pela civilidade, e não pela barbárie. Uma escolha de que fins não justificam meios e de que punir, embora democrático e justificável desde parâmetros morais e jurídicos, não pode ser uma atitude arbitrária. Todo o contrário, precisa respeitar regras do jogo. Precisa, ao fim, de uma nacionalidade!

Pois bem. À parte a clara escolha política feita pela CRFB/88, o sistema processual penal brasileiro (tanto legislado, quanto aplicado) flerta claramente com manifestações de um modelo autoritário (substancialista, isto é, decisionista, inquisitório, em que ganha destaque o caráter potestativo, e não cognitivo, do juízo).

Quando Ferrajoli contrapõe os modelos antípodas (substancialista x convencionalista), frutos de tradições distintas (a autoritária e a garantista) relembra que o segundo é consequência das conquistas iluministas, enquanto o primeiro atravessa a História por todos os tempos e, mesmo hoje em dia, insiste em marcar um espaço significativo em muitos sistemas que adotam modelos de Constituição garantista. Isso acontece em função de constantes deficiências dos sistemas de garantias, que acabam por abrir espaços - muitas vezes difíceis de reduzir - ao arbítrio punitivo.

Importante, a esse passo, destacar que o SG (sistema garantista) é um esquema limite, ideal e, portanto, jamais totalmente realizável. E assim o é porque Ferrajoli, sendo positivista, constrói um modelo prescritivo, e

inocentes procesados y a veces condenados. Llamaré cifra de la ineficiencia a la primera de estas cifras y cifra de la injusticia a la segunda". (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p. 210). (Grifos nossos).

não descritivo. Ele não descreve como o direito é, senão prescreve como ele deve ser. São implicações deonticas (dever-ser). Daí porque não existe um sistema garantista puro, mas graus de Garantismo, a depender da maior ou menor solidez das práticas e das instituições de garantias. Ou seja: podemos ter modelos mais garantistas que outros, mas é utopia pensar que teremos algum 100% realizado²².

Por evidente, essa constatação não implica dizer que a teoria do Garantismo “não presta”, porque as coisas seguem sendo como são, apesar de Ferrajoli desenhar diferente. Uma conclusão dessa natureza está equivocada, por descumprir um postulado imprescindível ao Garantismo: a lei de *Hume*. Isto é, a exigência de que não podemos retirar conclusões empíricas de pressupostos deonticos e vice-versa. Não é porque o SG é irrealizável que ele não deva ser buscado como meta. O mesmo raciocínio se aplica à (ainda) falta de efetividade da CR/88. Não é porque muitas normas constitucionais são violadas, que a Constituição “não presta para o Brasil”. Ela não só presta, como é indispensável ao caminho que devemos trilhar em direção à democracia. Sem a Constituição, sem dúvida, tudo seria muito mais difícil.

Nossa luta, pois, é para reduzir esse espectro do autoritarismo, isto é, do substancialismo, que se caracteriza pelo uso de um Direito Penal de autor (com a definição elástica de figuras típicas, por exemplo, e que pune o sujeito pelo que é e não pelo que fez²³), acompanhado de um Processo Penal decisionista e inquisitório, isto é, que privilegia um juízo fundado no poder, mais que no saber. Dito de outra forma, um juízo em que as hipóteses acusatórias não são verificáveis, tampouco refutáveis, e o Magistrado decide, não raro, com base em valorações morais, em substituição a parâmetros jurídicos.

Em suma: neste artigo, o termo “autoritarismo”, “direito penal autoritário”, “processo penal autoritário”, “sistema de justiça criminal

²² *In op. cit.* p. 68.

²³ Nas palavras de Ana Elisa Bechara, “toda infração penal requer a exteriorização e materialidade de um fato, o qual deve lesionar ou expor a perigo um bem juridicamente tutelado, traçando-se a fronteira entre o ilícito penal e as atitudes internas e fatos carentes de lesividade, que são impunes”. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 152. Grifos nossos.

autoritário”, “tradição autoritária” e demais derivações, serão tomados exatamente no sentido trazido por Luigi Ferrajoli, na primeira parte de seu *Diritto e Ragione*, quando constrói os fundamentos epistemológicos do Garantismo Penal. Isto é: como contraposição lógica a um modelo de garantias. Esse recorte se mostra indispensável, de modo a deixar clara a escolha por uma racionalidade não autoritária, como forma de combater os excessos do poder de punir, derivados do processo penal brasileiro.

3. POR QUE IMPORTA APROXIMAR OS CENÁRIOS ITALIANO E BRASILEIRO DAS DÉCADAS DE 1930/1940?

O Garantismo ferrajoliano nasce em um contexto no qual a Itália vivia um momento dramático. Ferrajoli acompanhou de perto a tentativa de afirmação da Constituição de 1948 e os constantes golpes autoritários contra ela desferidos, como, por exemplo, a legislação penal de emergência das décadas de 70/80 (cito: *la legge Reale*, de 1975 e *la legge Cossiga*, de 1980²⁴), que atingiram, em cheio, o sistema de justiça criminal.

²⁴ A *legge Reale* (em referência ao então Ministro da Justiça italiano, Oronzo Reale) é de 1975 e disciplinou medidas de emergência para garantir a “ordem pública”, dentre as quais a reintrodução da custódia policial e o aumento dos prazos de prisão preventiva. Ainda, estabeleceu o direito das autoridades policiais de fazer uso de armas de fogo, quando “estritamente necessário”, para manter a ordem pública. Como se tratava de um termo aberto, elástico, sem qualquer precisão semântica, essa “estrita necessidade” acabou sendo estendida a incontáveis situações, a ponto de, durante o período de vigência da lei, até junho de 1989 (quando entrou em vigor o atual Código de Processo Penal italiano), 625 pessoas terem sido baleadas por policiais, das quais 254 foram mortas e 371 ficaram gravemente feridas. Em 90% dos casos, as vítimas, sequer, possuíam arma de fogo no momento do confronto com as autoridades policiais. Dados extraídos do sítio eletrônico *Osservatorio Repressione*. <https://www.osservatoriorepressione.info>. Acessado em 03 de outubro de 2025.

A *legge Cossiga* (em referência ao então Ministro do Interior italiano, Francesco Cossiga), de fevereiro de 1980, surgiu em resposta ao contexto dos chamados “Anos de Chumbo” - período marcado por intensa violência política e ações de grupos, como as Brigadas Vermelhas - e introduziu medidas urgentes para combater o “terrorismo” e proteger a ordem democrática e a segurança pública. A magistratura italiana já havia alertado, em 1979, sobre a

Sob a “justificativa” de combater o terrorismo, a legislação penal e processual penal endureceu e ripristinou medidas de intervenção punitiva próprias do fascista *Codice Rocco*, da década de 1930. Era necessária, portanto, uma reação garantista, para assegurar a validade e eficácia dos direitos fundamentais e, com isso, salvar a Constituição pós-fascista.

Ferrajoli, note-se, começou essa cruzada ainda como Juiz (ele exerceu a Magistratura na Itália de 1967 e 1975, certo tempo coincidindo com seu ingresso em Camerino, que se deu em 1970). O fato de Luigi Ferrajoli ter atuado como juiz num momento crucial da legislação penal italiana e, nessa condição, ter se ligado ao grupo progressista denominado “magistratura democrática”²⁵ (que defendia a força da ordem democrática e da Constituição), foi determinante para que ele tivesse publicado a sua primeira obra de fôlego exatamente no campo penal. Isso demonstra, com clareza, porque o cenário italiano da década de 1930 é fundamental para compreendermos o nascimento do *Diritto e Ragione*. Na seqüência, importa, também, descortinar outro cenário: o das décadas de 1970/1980 (que antecedem imediatamente a escrita de *Diritto e Ragione*), e sua relação com o regime fascista e, sobretudo, com o *Codice Rocco*. Em virtude da limitação de espaço deste artigo, a ideia, aqui, é, somente, ressaltar algumas características autoritárias do Código italiano de 1930, percebendo como, posteriormente, elas são resgatadas em legislações de emergência, mostrando o movimento acima apontado de permanências e continuidades do autoritarismo.

necessidade de instrumentos legais mais eficazes para enfrentar a crescente “ameaça terrorista”. Em resposta, o governo elaborou um pacote de segurança que culminou na promulgação da referida lei. Entre suas principais disposições, tipificou o crime de associação com fins terroristas, por meio do artigo 270-bis do Código Penal, complementando os dispositivos já existentes sobre associação subversiva. Também estabeleceu que a natureza terrorista de um crime prevaleceria sobre quaisquer circunstâncias atenuantes, reforçando o rigor penal. A legislação ampliou os poderes de busca, permitindo que fossem realizadas em situações de urgência mesmo sem mandado judicial, e aumentou os prazos de prisão preventiva, em casos relacionados ao terrorismo.

²⁵ Sobre a Magistratura Democrática italiana, conferir o artigo de Calogero Gaetano Paci, intitulado *Tangentopoli, la politicità della giurisdizione e Magistratura Democratica*, publicado na revista *Questione Giustizia*, em 22 de abril de 2016. https://www.questionegiustizia.it/articolo/tangentopoli_la-politicita-della-giurisdizione-e-magistratura-democratica. Acessado em 03 de outubro de 2025.

Começamos pelo seu artífice, Alfredo Rocco, Ministro da Justiça (e também *Guardasigilli*²⁶) de Benito Mussolini, entre os anos de 1925 e 1932, período que, nas palavras de Sbriccoli, corresponde a uma “frase crucial que assistiu à construção ‘por decretos’ do estado totalitário (entre 1925 e 1926), o nascimento do ordenamento corporativo, a conciliação com a Igreja católica e a *poderosa codificação penal de 1930*”²⁷.

Rocco foi um importante expoente do nacionalismo italiano, em cujo movimento começou a tomar parte em 1913, sempre se posicionando, do ponto de vista econômico, contra o liberalismo, o individualismo e o livre comércio, defendendo a passagem do regime de livre concorrência para o da solidariedade nacional dos produtos. Com o escrito programático *Che cosa è il nazionalismo e che cosa vogliono i nazionalisti*, de 1914 (o que é o nacionalismo e o que querem os nacionalistas), Rocco assume a direção ideológica do nacionalismo italiano²⁸.

Finda a primeira guerra mundial, Rocco propõe a urgente necessidade de refundar integralmente o Estado. Em 1921, foi eleito deputado pela circunscrição de Roma e, desde essa função, seguiu em sua obstinação pelo fortalecimento do movimento nacionalista, apontando suas identidades com o fascismo e propondo a fusão dos dois movimentos. Em maio de 1924, Rocco foi eleito presidente da Câmara dos Deputados, deixando o posto em 1925, para assumir a pasta de Ministro da Justiça, cargo no qual exerceu um relevante protagonismo na radical mudança de curso (no sentido autoritário) das instituições do reino e, também, na construção de um robusto arcabouço jurídico em defesa da ditadura²⁹.

²⁶ Em uma tradução literal, o “guardasigilli” seria o “guardião do selo”, que corresponde a uma função executada pelo próprio Ministro da Justiça que, tradicionalmente, é quem detém o “selo do Estado” e o aplica para assinar decretos e leis. O termo tem origem no período das monarquias, quando a função de guardar e aplicar o selo do Estado era exercida por um alto funcionário. Essa função foi mantida na República Italiana, sendo atribuída ao Ministro da Justiça.

²⁷ SBRICCOLI, Mario. *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*. Per la storia del pensiero giuridico moderno. N. 88. Tomo I. Milano: Giuffrè Editore, 2009. Página 993. Tradução livre. Grifos nossos.

²⁸ *In op. cit.* Página 995.

²⁹ *In op. cit.* Página 996.

Entre 1925 e final de 1926, entra em vigor na Itália uma legislação que delineava o Estado totalitário, articulando as “leis de defesa” e as “leis de reforma constitucional”, da qual Rocco foi o “artífice de primeira linha”, como adjetiva Sbriccoli³⁰. Essa legislação, posteriormente, ficou conhecida como “fascistíssima”, dado o conteúdo marcadamente autoritário e ditatorial. Apenas para se ter uma ideia, com a Lei de 25 de novembro de 1926, a pena de morte foi reintroduzida no sistema jurídico italiano, depois de haver sido abolida em 1876 e definitivamente enterrada com o Código Penal de 1889 (Zanardelli), de inspiração liberal.

Na sequência, vieram outras alterações emblemáticas, cabendo destacar a instituição - por tempo determinado, mas, depois, indefinidamente prorrogado - do “Tribunal especial para a defesa do Estado”, um eficiente dispositivo para a proteção do regime, em clara demonstração de que os fascistas não confiavam na magistratura ordinária, tampouco no normal funcionamento do sistema processual, para a realização dos seus interesses. O tribunal de exceção era, portanto, necessário³¹. Aliás, é oportuno observar essa característica marcante dos regimes autoritários: a total desconfiança (seguida de uma verdadeira campanha para colocar em xeque) dos órgãos do Poder Judiciário.

Para os fins deste artigo, das alterações legislativas impostas pelo regime fascista, interessa, mais de perto, a codificação no campo penal (Código Penal e Código de Processo Penal), da qual Rocco foi, igualmente, senhor e autor direto. Essa empresa durou cerca de cinco anos (de 1925, quando Rocco assume o Ministério da Justiça, a 1930, quando a legislação penal entra em vigor) e foi, como perfeitamente delineia Sbriccoli, “politicamente orientada, compatível com o espírito do fascismo, mas, ao mesmo tempo, plausível e capaz de fazer frente à legislação europeia: tecnicamente muito robusta, duradoura e incisiva”³².

Serão elencadas, abaixo, algumas referências de extrema relevância para compreender o substrato ideológico que revestiu a legislação penal italiana de 1930, extraídas do Relatório que Alfredo Rocco - em

³⁰ *In op. cit.* Página 997.

³¹ *In op. cit.* Página 997.

³² *In op. cit.* Página 999.

audiência de 19 de outubro de 1930 - apresentou a “Sua Majestade, o Rei” (na época, Vittorio Emanuele III), para a aprovação do texto definitivo³³.

Logo nos primeiros parágrafos de seu “relatório”, Alfredo Rocco destaca que “entre os marcos mais notáveis dessa legislação permanecerá a reforma legislativa penal, imponente manifestação da potência do gênio jurídico italiano, que a nova consciência nacional, criada pela guerra e pelo Fascismo, libertou de qualquer influência de ideias e tradições estrangeiras, direcionando-a para concepções cada vez mais original e genuinamente italianas³⁴. Essa citação sugere, claramente, o afastamento que o Código Rocco fez questão de manter em relação ao Código Zanardelli, no que diz respeito às influências liberais próprias da revolução francesa. A partir de agora, o que dita a legislação penal italiana não é mais o liberalismo, mas o nacionalismo e o fascismo.

Na sequência, Rocco sentencia: “o poder de punir é, de fato, um dos maiores atributos da Soberania, tanto que nossos antepassados o consideravam uma das manifestações mais essenciais do *imperium* e o assimilavam, em sua capacidade mais completa de exercício, ao poder de dispor da força armada do Estado (*jus gladii*). E, na verdade, esse poder é também uma forma de defesa estatal, é também uma guerra contra atividades inimigas, que devem ser debeladas no interesse do Estado e da sociedade”³⁵. Fica nítida a compreensão da função do poder punitivo

³³ *Lavori preparatori del Codice Penale e del Codice di Procedura Penale*. Volume VII. Testo del nuovo Codice Penale con la relazione a Sua Maestà il Re, del Guardasigilli Alfredo Rocco. Tipografria delle Mantellate: Roma, 1930 - Anno IX.

³⁴ No original: “Tra i più insigni monumenti di questa legislazione rimarrà la riforma legislativa penale, imponente manifestazione della potenza del genio giuridico italiano, che la nuova coscienza nazionale creata dalla guerra e dal Fascismo ha svincolato da ogni influsso di idee e di tradizioni straniere, indirizzandolo verso concezioni sempre più ‘originalmente e schiettamente italiane”. *In op. cit.* Página 7. Tradução livre no corpo do texto.

³⁵ No original: “La potestà di punire è infatti uno dei massimi attributi della Sovranità, tanto che i nostri antichi ravvisavano in essa una delle più essenziali manifestazioni dell’*imperium*, e la assimilavano, nella sua più completa capacità d’esercizio, al potere di disporre della forza armata dello Stato (*jus gladii*). E veramente tale potestà è anch’essa una forma di difesa statale, è anch’essa una guerra contro attività nemiche, che devono essere debellate nell’interesse dello Stato e della società”. *In op. cit.* Página 7. Tradução livre no corpo do texto.

enquanto instrumento de defesa social (do Estado, na verdade) e como mecanismo eficaz a ser utilizado no combate aos inimigos.

No item 1 das “considerações gerais”, Rocco ressalta a importância de - antes de apresentar as modificações propriamente ditas - destacar os chamados “princípios informadores” do Código, iniciando por colocar acento na necessária relação entre o sistema do novo Código e a filosofia social, política e jurídica do fascismo. Em outras palavras, Rocco defende uma filosofia própria do fascismo e introduz o novo Código exatamente dentro desse novo paradigma que, segundo ele, “não foi uma simples mudança de Governo, mas uma substancial e profunda transformação do Estado”³⁶. E insiste: “a filosofia jurídica penal que inspira a nova obra legislativa não é mais que uma derivação da filosofia jurídica geral do Fascismo. Filosofia, em verdade, bem diversa daquela que foi própria dos enciclopedistas franceses, nos quais se inspirou a revolução de 1789, a declaração dos direitos do homem e do cidadão, o código penal de 1791 (...)”³⁷. Rocco não economiza críticas ao modelo liberal francês, próprio do Iluminismo, fazendo questão de se vangloriar de uma legislação nova, totalmente dissociada desses “estrangeirismos”.

Outro ponto que interessa de perto é a passagem em que Rocco defende o Estado como um ente com vida própria, um organismo econômico-social, político-jurídico e ético-religioso. Ou seja, o Estado não representa uma síntese dos interesses individuais, senão que ele próprio possui os seus, assim como finalidades e necessidades, que transcendem

³⁶ No original e com o parágrafo completo: “E’ ben noto alla Maestà Vostra che il Regime politico instaurato in Italia col Vostro Alto consenso, dopo la guerra vittoriosa, non fu un semplice mutamento di Governo, ma una sostanziale e profonda trasformazione dello Stato. Tale trasformazione attinge la sua giustificazione storica a *tutto* un nuovo, sistema di filosofia sociale, politica e giuridica che può ben dirsi la filosofia propria del Fascismo. Per esso lo Stato è concepito come un organismo, ad un tempo, economico e sociale, politico e giuridico, etico e religioso”. *In op. cit.* Página 11. Tradução livre no corpo do texto.

³⁷ No original: “Così, la filosofia giuridica penale, che ispira la nuova opera legislativa, non è che’ una derivazione della filosofia giuridica generale del’ Fascismo. Filosofia, in verità, ben diversa da quella che fu propria degli enciclopedisti francesi a cui si ispirarono la rivoluzione del 1789, la dichiarazione dei diritti dell’ uomo e del cittadino, i codici penali del 1791(...)”. *In op. cit.* Página 11. Tradução livre no corpo do texto.

a vida mesma dos indivíduos. Dito de outra forma: os supostos interesses individuais estarão, sempre, subordinados ao Estado³⁸.

O tratamento que o Código Rocco confere às medidas de prevenção (medidas de segurança) é sintomático. Rocco invoca uma aparente “ineficácia da pena” para dar conta da “defesa do Estado contra a delinquência” e, para suprir tal inidoneidade, sugere o (ab)uso das medidas preventivas, de polícia, como forma de atingir esse objetivo primevo da política fascista. Vejamos: “por meio de tais medidas, largamente adotadas e rigorosamente disciplinadas pelo novo Código, a defesa social contra o delito alarga os seus limites tradicionais, tornando-se não apenas uma defesa repressiva (tanto penal, quanto civil), mas também uma defesa preventiva contra o delito e, como tal, por vezes mais eficaz do que a própria defesa repressiva penal, representando, mais do que a terapia, a profilaxia e a higiene social contra o delito”³⁹. É evidente a concepção higienista do poder punitivo, isto é, o uso político do Direito Penal (e do Processo Penal, por evidente) para aniquilar pessoas (inimigos), consideradas inadequadas para o Estado fascista. Para tanto, o uso das medidas

³⁸ No original: “Quale organismo, economico-sociale, lo Stato non più si rappresenta come la somma aritmetica degli individui che lo compongono, bensì come la risultante, la sintesi o composizione degli individui, delle. categorie e delle classi che lo costituiscono, avente propria vita, propri fini, propri bisogni e interessi, che trascendono per estensione e per durata la vita stessa degli individui, delle categorie e delle classi e si estendono a tutte le generazioni passate, presenti e future (...). Quale organismo politico e giuridico, lo Stato vien concepito come la popolazione di un determinato territorio organizzata politicamente e giuridicamente sotto un potere supremo in modo tale da acquistare la capacità di volere e di agire, come un tutt’uno (...). Infine, quale organismo etico-religioso, lo Stato ci appare come la Nazione medesima, in esso organizzata, cioè come una unità non solo sociale, ma altresì etnica, legata da vincoli di razza, di lingua, di costume, di tradizioni storiche; di moralità, di religione, e vivente, quindi, non di puri bisogni materiali o economici, ma anche, e soprattutto, di bisogni psicologici o spirituali, siano essi intellettuali o morali o religiosi”. *In op. cit.* Página 11.

³⁹ No original: “Per mezzo di tali misure così largamente adottate e rigorosamente disciplinate dal nuovo codice, la difesa sociale contro il delitto allarga i suoi limiti tradizionali, divenendo non difesa repressiva soltanto, sia penale sia civile, ma altresì difesa preventiva contro il delitto, e come tale talvolta più efficace della stessa difesa repressiva penale, rappresentando essa, piuttosto che la terapia, la profilassi e l’igiene sociale contro il delitto”. *In op. cit.* Página 16. Tradução livre no corpo do texto. Grifos apostos.

preventivas (a prisão provisória é um excelente exemplo) - para além de qualquer objetivo que se possa retoricamente irrogar à pena (como consequência de um delito) - é a melhor estratégia possível. Pouco importa a filosofia da punição, importa a filosofia fascista traçada por Rocco. Pouco importa se a pena (fruto de uma sentença condenatória) vai se prestar a prevenir novos delitos, a proteger bens jurídicos, a ressocializar o condenado, a garantir que ele não voltará a delinquir ou, até mesmo, se significará mera retribuição. O que, de fato, importa, é a “profilaxia”, termo usado por Rocco no seu relatório, muito utilizado no vocabulário médico, para significar medidas destinadas a prevenir doenças.

Para finalizar essa breve amostragem, parece oportuno mencionar a opção do Código Rocco na eleição dos bens jurídicos protegidos. O detalhe está, exatamente, na ordem de preferência: crimes contra a personalidade do Estado; crimes contra a Administração Pública; crimes contra a Administração da Justiça; crimes contra o sentimento religioso e o respeito aos mortos; crimes contra a ordem pública; crimes contra a incolumidade pública; crimes contra a fé pública; crimes contra a economia pública, a indústria e o comércio; crimes contra a moralidade pública e os bons costumes; crimes contra a integridade e a saúde da estirpe; crimes contra a família; crimes contra a pessoa e crimes contra o patrimônio

Essa colocação topográfica, com a “personalidade do Estado” ocupando o primeiro lugar no pódio e a “pessoa” na penúltima posição, fala por si só. Percebem-se alguns sinais interessantes, em uma ordem bastante visível (e nada aleatória): *i*) o Estado (que encarna um certo sentimento nacionalista de “pátria”); *ii*) a religião (é evidente a preocupação do fascismo em se articular com a Igreja católica, por meio da proteção de um certo “sentimento religioso”); *iii*) a economia (indústria e comércio, o que hoje, em nosso universo neoliberal, poderíamos identificar com o “mercado”⁴⁰); *iv*) a moral e bons costumes (“valores” sempre invocados como instituidores da “família saudável”); *v*) a integridade e a saúde da estirpe (aqui temos a preocupação com a proteção da espécie; no caso,

⁴⁰ Sobre uma racionalidade neoliberal dominante no Processo Penal brasileiro, cf. PINHO, Ana Cláudia. MELCHIOR, Antônio Pedro e CASARA, Rubens. *Teoria do processo penal brasileiro. Volume 1*. Rio de Janeiro: Da Vinci livros, 2025. P 41-53.

obviamente, a estirpe “nacional”; a nação como unidade étnica; a defesa da continuidade da raça).

Esses sinais meta-comunicam, claramente, uma política nacionalista, anti-secular, xenófoba, homofóbica e racista.

Evidentemente, no período pós-fascista - sob uma nova ordem constitucional, política e jurídica - a tendência (ao menos do campo progressista) foi, em matéria penal, retomar a tradição moderna garantista (lembramos que a Itália foi berço de dois grandes nomes do pensamento iluminista europeu: Beccaria e Filangieri), mesmo com a permanência do Código Rocco. É aqui, exatamente, que podemos situar Luigi Ferrajoli: nesse movimento de resistência, de alerta total às práticas fascistas, de recuperação dos princípios iluministas (agora revistos à luz do constitucionalismo do segundo pós-guerra) e, sobretudo, de sedimentação do regime democrático.

Mas, em que momento isso nos atinge? Como essa história italiana do século XX importaria ao Brasil?

Já que mencionamos o *Codice Rocco*, seu artífice e seus auspícios autoritários, lembremos: se os italianos tiveram Rocco; aqui tivemos Francisco Campos, tanto no CP/1940, quanto no CPP/1941 (e, também, da Lei de Contravenções Penais, do mesmo período). Se a Itália vivia sob Benito Mussolini, aqui experimentávamos a ditadura do Estado Novo varguista. Isto, por si só, já justificaria aproximar os dois países no que diz respeito a essa análise de permanências e resistências ao autoritarismo.

Ministro da Justiça de Vargas na época da ditadura, Francisco Campos, como nos aponta Edvaldo Sales, também foi responsável pela Constituição de 1937 e pelo Ato Institucional número 1, de 09 de abril de 1964⁴¹. Não resta a menor dificuldade, portanto, em se concluir que o pensamento de Campos possui nítido viés autoritário.

Pelas limitações e recortes deste artigo, não cabe avaliar questões técnicas e dogmáticas para comparar os *Codici Rocco* com os nossos CP e CPP, mas, fato é que a legislação penal brasileira foi fortemente influenciada - sobretudo do ponto de vista ideológico - pelo diploma italiano. O CPP/41, claramente, instituiu uma racionalidade típica do fascismo,

⁴¹ SALES, José Edvaldo Pereira. *Autoritarismo e garantismo: tensões na tradição brasileira*. 1a edição. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021. Página 104.

deixando claro, logo nas primeiras linhas, as seguintes premissas e objetivos, dentre outros: *i*) conferir “maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem”; *ii*) direitos fundamentais de liberdade entendidos como “favores”, os quais comprometem a eficácia da repressão, o que “estimularia a expansão da criminalidade”; *iii*) a necessidade de abolir a “injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social”, não se podendo “contemporizar com pseudo direitos individuais em prejuízo do bem comum”; *iv*) restringir a aplicação do *in dubio pro reo*; *v*) compreensão da prisão preventiva não como faculdade, mas como dever do juiz⁴².

Desta forma, o que (ainda) temos, hoje, no Brasil, é um cenário legislativo, em matéria penal, capitaneado por dois Códigos, ambos da era Vargas, que, claramente, optaram por modelos autoritários de Direito Penal e Processo Penal. À parte as reformas pontuais que sofreram ao longo desses mais de 80 anos, a estrutura autoritária permaneceu.

A finalidade dessa exposição sintética não foi outra, senão traçar um perfil político e ideológico do *Codice Rocco* para, a um só tempo: *i*) demonstrar o quão legítima é (e sempre foi) a preocupação de Luigi Ferrajoli - como jurista e como magistrado - com as ramificações e reverberações do Código fascista no sistema contemporâneo de justiça criminal italiano (lembrando, mais uma vez, as legislações de emergência dos anos 70/80 que flertaram claramente com o fascismo) e *ii*) apontar algumas influências inequívocas no ordenamento brasileiro.

4. A RACIONALIDADE GARANTISTA E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO FIOS CONDUTORES DE UM PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO

Na introdução deste artigo, restou posta a ideia primordial de que estamos diante de uma teoria de fundamentos. No *Diritto e Ragione*, por exemplo, mais de 50% do livro é destinada a fundamentos: os epistemológicos, os axiológicos e os normativos. Não bastasse, a última parte propõe o alargamento de toda a meta-teoria desenvolvida por Ferrajoli

⁴² Exposição de motivos CPP/1941. Página 1.

para campos outros, distintos do Direito e do Processo Penal. Temas relativos à separação entre direito e moral, entre vigência, validade e efetividade, entre democracia formal e material, entre direitos e garantias, entre garantias primárias e secundárias, entre direitos fundamentais e patrimoniais, entre instituições de governo e instituições de garantias⁴³, para ficar somente nesses, compõem um universo mais amplo e complexo da densa teoria de Ferrajoli, atravessada por uma racionalidade que, ao fim e ao cabo, propõe limites ao poder.

No que diz respeito ao Processo Penal, essa racionalidade diz com uma escolha política muito clara (e já mencionada no item 2 deste artigo): a presunção de inocência. Aqui se defende que a presunção de inocência congrega um fundamento inegociável do processo penal democrático, qual seja, a escolha pela civilidade. Sendo assim, ela funciona como um farol, uma baliza hermenêutica, um verdadeiro fio condutor que deverá orientar toda a aplicação do processo penal.

Quando, em *Diritto e Ragione*, o *maestro* elenca os dez axiomas do seu SG (sistema garantista), menciona o seguinte: “*questi dieci principi, qui ordinati e connessi sistematicamente, definiscono - con qualche forzatura linguistica - il modello garantista di diritto o di responsabilità penale, ovvero le regole del gioco fondamentali del diritto penale*”⁴⁴. Ele define, pois, os princípios garantistas como regras do jogo fundamentais do direito (e do processo) penal.

No caso brasileiro - e aí está a importância de se estudar o Garantismo pelas bandas de cá - os axiomas de Ferrajoli estão (explícita ou implicitamente) na Constituição da República de 1988, a qual, a seu modo, também descreve um modelo ideal de Direito e de Processo Penal. Ferrajoli fala para países de Constituição rígida. A teoria pode até não fazer nenhum sentido em países da tradição do *common law*, mas, aqui,

⁴³ Sobre essa concepção alargada e sobre a meta-teoria de Luigi Ferrajoli, conferir FERRAJOLI, Luigi. *La costruzione della democrazia: teoria del garantismo costituzionale*. Bari-Roma: Laterza, 2021.

⁴⁴ “*Estes dez princípios, aqui ordenados e conectados sistematicamente, definem - com algum esforço linguístico - o modelo garantista de direito ou de responsabilidade penal, isto é as regras do jogo fundamentais do direito penal*” (tradução livre). *Diritto e Ragione: teoria del garantismo penale*. Laterza, 1989. Página 69. Grifos nossos.

faz todo o sentido. E mais: difícil vislumbrar outra proposta teórica com tal densidade, sofisticação e com tamanho compromisso democrático, que seja apta a construir uma resistência aos abusos do poder punitivo.

Das dez barreiras garantistas ao exercício do poder de punir (6 direcionadas ao Direito Penal - pena e delito - e 4 direcionadas ao Processo Penal), importam, para os fins deste artigo, as que dizem respeito à presunção de inocência⁴⁵.

Quando Ferrajoli descreve as garantias processuais penais, parte de um axioma-chave: a estrita jurisdicionalidade (que possui na estrita legalidade o seu correspondente). Isso significa dizer que um processo é necessário ao acertamento do caso penal, mas não qualquer processo. Um processo garantista há de obedecer a estrita jurisdicionalidade, isto é, há de observar a presunção de inocência, as formalidades inerentes aos atos e o contraditório, bem como tudo o que deriva dessas garantias. Um processo que não assegure a paridade de armas, a imparcialidade do juiz, a ônus da prova a cargo da acusação, o direito do réu ao silêncio, por exemplo, não é um processo, mas um simulacro, um arremedo.

Diz Ferrajoli que “*la presunzione d’innocenza fino a condanna definitiva è certamente un portato della civiltà giuridica moderna*”⁴⁶. Ou seja, a modernidade fez uma opção muito clara, ao marcar a necessidade da lei do mais fraco, em detrimento à lei do mais forte.

O corolário principal e direto da presunção de inocência, para o maestro italiano, é o ônus da prova a cargo da acusação⁴⁷. E isso não é pouco! Até mesmo porque, dessa regra do jogo fundamental outras são derivadas, tais como: *i*) formulação precisa da acusação em relação a um fato determinado (não são válidas, portanto, acusações genéricas, ou que digam respeito a condições pessoais do investigado, pois isso compromete totalmente a possibilidade de refutação); *ii*) a função do

⁴⁵ Essa análise será feita a partir do livro *Il paradigma garantista: filosofia e critica del diritto penale*. A cura di Dario Ippolito e Simone Spina. Seconda edizione ampliata. Editora Scientifica, Napoli, 2016.

⁴⁶ *In Il paradigma garantista*. Página 132. “A presunção de inocência até a condenação definitiva é, certamente, fruto da civilização jurídica moderna” (tradução livre).

⁴⁷ “*Questo principio ha come principale corollario l’onere della prova a carico dell’accusa*”. *In paradigma garantista*. Página 131.

interrogatório - concebido como instrumento de defesa e de instauração do contraditório - e, pois, a faculdade do imputado de não responder ou de responder falsamente; *iii*) a obrigação de motivação de todos os provimentos jurisdicionais e, em particular, daqueles que restringem a liberdade pessoal; *iv*) a tipicidade das provas e a rígida disciplina acerca do procedimento para a sua formação; *v*) o duplo grau de jurisdição; *vi*) a absolvição como fórmula plena, não somente quando falta, mas também quando é insuficiente, o contraditório; e *vi*) de maneira geral, o princípio do *favor rei* que, no nível processual, traduz-se na fórmula do *in dubio pro reo*.⁴⁸

Vê-se, pois, que a escolha pela presunção de inocência é uma escolha pela lei do mais fraco que, na investigação é o investigado, no processo é o acusado, na execução da pena é o condenado. “*Mas, e a vítima?*”. A vítima é - reconhece Ferrajoli - o polo mais débil no momento do crime. Dessa forma, seus interesses devem ser atendidos por meio do respeito à uma séria teoria de bem jurídico - que leve em conta a proporcionalidade, a reserva de Código e a legalidade estrita - e, também, por meio do respeito às regras do jogo quando iniciadas as investigações e quando em curso o processo. À vítima, num Estado Constitucional de Direito, não deve interessar a condenação a qualquer preço de um bode expiatório, senão a condenação da pessoa culpada, da pessoa que lhe ofendeu! Isso parece bastante lógico, pois não? Em suma, numa democracia, a quem interessa a condenação de um inocente? Fica a questão!

5. CONCLUSÃO OU POR QUE PRECISAMOS DE UMA TEORIA SOBRE FUNDAMENTOS?

A partir da busca por uma matriz comum (o autoritarismo) nos modelos de processo penal brasileiro e italiano, marcadamente nas décadas de 1930/1940, buscou-se apresentar o Garantismo Penal como uma proposta teórica qualificada e privilegiada, atravessada por uma racionalidade democrática, capaz de impor limites ao poder punitivo (que,

⁴⁸ *In op. cit.* Página 132

sempre, tende ao abuso), mesmo tendo sido gestada em outro país, por um filósofo do Direito italiano.

Inicialmente, o artigo trouxe algumas notas sobre as incompreensões em torno do Garantismo, demonstrando que isso também aconteceu na Itália, e sobre a resistência em se falar seriamente sobre a teoria, o que possui uma relação direta com a tradição autoritária que nos constitui. A noção de autoritarismo, para os recortes do artigo, ficou circunscrita ao próprio uso que Ferrajoli faz do termo, sobretudo na obra de referência aqui utilizada, *Diritto e Ragione*.

Na sequência, a aproximação feita entre o Código Rocco e o CPP/1941 teve a clara finalidade de demonstrar que entre o Brasil e a Itália, no que diz respeito à estruturação do processo penal no século XX, há muito mais identidades do que, propriamente, distanciamentos. O signo do autoritarismo e do fascismo é a marca que impregna ambos os modelos e isso, sem qualquer dúvida, segue cobrando um preço elevado lá, mas, sobretudo, cá.

Ao final, o artigo centrou a análise na racionalidade garantista, por meio da presunção de inocência, como uma escolha política, capaz de dar corpo à lei do mais fraco, em detrimento à lei do mais forte. Em outras palavras: essa escolha pela civilidade (em oposição à barbárie) - por meio de regras do jogo bem definidas (racionalidade), que dizem com requisitos objetivos (que vão desde os desdobramentos do ônus da prova à acusação até o emprego do *in dubio pro reo*), aptos a orientar uma prática do processo penal totalmente possível e compatível com os fundamentos democráticos da CR/88 - é o antídoto que dispomos contra o autoritarismo.

É por isso que precisamos de fundamentos; de uma teoria sobre fundamentos. É por isso que precisamos compreender que existe Luigi Ferrajoli para além do Garantismo Penal, embora aqui esteja toda a gênese, já que o campo penal é o *locus* de tensão mais evidente entre o poder e as liberdades. É por isso que precisamos ter uma compreensão do todo (meta-teoria), embora nossa preocupação esteja na parte (processo penal). É por isso que precisamos de uma racionalidade que nos garanta a certeza do caminho, embora o controle da chegada, algumas vezes, não esteja em nossas mãos.

REFERÊNCIAS

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Ragione: teoria del garantismo penale*. Roma-Bari: Editori Laterza, 1989.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta, 2000

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Il paradigma garantista: filosofia e critica del diritto penale*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. *La costruzione della democrazia: teoria del garantismo costituzionale*. Bari-Roma: Laterza, 2021.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal I: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*. 2a edição. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

IPPOLITO, Dario. *Lo spirito del garantismo: Montesquieu e il potere di punire*. Roma: Donzelli editore, 2016.

IPPOLITO, Dario, MASTROMARTINO, Fabrizio y PINO, Giorgio. *Una filosofia del derecho para el estado constitucional*. In Para Luigi Ferrajoli. Madrid: Editorial Trotta, 2021.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. ALBUQUERQUE, Fernando da Silva e SALES, José Edvaldo Pereira. O garantismo (penal) de Luigi Ferrajoli: apontamentos (des)necessários a certas “críticas” Made in Brazil. In *Revista do instituto de Hermenêutica Jurídica*. Belo Horizonte, ano 17, n. 26, p 155-186. Jul/Dez, 2019.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de; SALES, José Edvaldo Pereira. Processo penal autoritário versus processo penal garantista: dois antípodas, uma escolha. In *Código de processo penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência*. Volume 1. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Páginas 185 a 199.

PINHO, Ana Cláudia; MELCHIOR, Antônio Pedro; CASARA, Rubens. *Teoria do processo penal brasileiro*. Volume 1. Rio de Janeiro: Da Vinci livros, 2025.

SALES, José Edvaldo Pereira. *Autoritarismo e garantismo: tensões na tradição brasileira*. 1a edição. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021.

SBRICCOLI, Mario. *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*. Per la storia del pensiero giuridico moderno. N. 88. Tomo I. Milano: Giuffrè Editore, 2009.

Authorship information

Ana Cláudia Bastos de Pinho. PhD in Law. Postdoctoral Researcher at the Law School of the University of São Paulo. Professor at the Federal University of Pará. Coordinator of the Research Group “Garantismo em Movimento.” Public Prosecutor at the Public Prosecutor’s Office of the State of Pará (MPPA). acpinho9@gmail.com

Additional information and author’s declarations (*scientific integrity*)

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; she also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Data Availability Statement: In compliance with open science policies, all data generated or analyzed during this study are included in this published article.

Editorial process dates (<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 14/12/2025
 - Desk review and plagiarism check: 20/12/2025
 - Review 1: 17/01/2026
 - Review 2: 02/03/2026
 - Preliminary editorial decision: 07/03/2026
 - Correction round return: 30/03/2026
 - Final editorial decision: 30/03/2026
- Editorial team**
- Editor-in-chief: 1 (VGV)
 - Reviewers: 2
-

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

PINHO, Ana Cláudia. Garantismo e processo penal: uma racionalidade contra o autoritarismo. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 12, n. 1, e1369, jan./abr. 2026. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v12i1.1369>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.